

Sygn. akt: KIO 247/19

**WYROK**  
z dnia 26 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 luty 2019 r.** przez wykonawcę **MedycniT.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu,** przy udziale wykonawcy **Eco-Investment Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 9 lutego 2018 r.; Dz.U. z 2018, poz. 419) i nakazuje zamawiającemu – Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Elblągu –(i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Eco – Investment Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę Eco – Investment Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2019 r. oraz uzasadnienia tajemnicy w zakresie przedmiotowych wyjaśnień.**

**2. Oddać odwołanie w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z §5 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126).**

**3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę MedycniT.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu na rzecz wykonawcy **MedycniT.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu.**

**Przewodniczący**

Sygn. akt: KIO 247/19

**Uzasadnienie**

W dniu 11 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy MedycniT.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Elblągu (dalej „**Zamawiający**”) , naruszenie w postępowaniu pn. „Kompleksowa informatyzacja Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu - dostosowanie do ogólnopolskiego systemu informacji medycznej do platformy P1 i P2” naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECO-INVESTMENT POLAND spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako: **ECO-INVESTMENT**”, pomimo, iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty ECO-INVESTMENT przez Zamawiającego - mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 9 lutego 2018 r.; Dz.U. z 2018, poz. 419; dalej: „**uznk**”) poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ECO-INVESTMENT oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że zastrzeżone przez ECO-INVESTMENT informacje nie spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa; ewentualnie,
- 4) art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ECO-INVESTMENT pomimo że nie wykazał on braku podstaw wykluczenia w zakresie naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

5)art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z §5 pkt. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w związku z art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ECO-INVESTMENT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, w sytuacji gdy złożone przez ECO-INVESTMENT zaświadczenie z ZUS zostało wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty ECO-INVESTMENT; (iii) odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ECO-INVESTMENT w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 stycznia 2019 r. oraz uzasadnienia tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie przedmiotowych wyjaśnień; (iv) odrzucenia oferty ECO-INVESTMENT; (v) wykluczenie ECO-INVESTMENT z postępowania; ewentualnie, (vi) wezwanie ECO-INVESTMENT do złożenia w wyznaczonym terminie zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a w razie ich nieskutecznego uzupełnienia wykluczenie wykonawcy ECO-INVESTMENT z Postępowania;

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa polegająca na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim pn. „Kompleksowa informatyzacja Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Elblągu - dostosowanie do ogólnopolskiego systemu informacji medycznej do platformy P1 i P2” (nr projektu: RPWM.03.02.00-28- 0006/17-00), dalej: „**Postępowanie**”.

Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty ECO-INVESTMENT, która to oferta powinna być odrzucona gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym Postępowaniu zostały złożone trzy oferty z następującymi cenami: (i) ECO-INVESTMENT - 170.970,00 zł brutto; (ii) MedyczniT.pl - 450.180,00 zł brutto; (iii) Konsorcjum firm: BestProjects M. K. FXGRAIL sp. z o.o. - 461.250,00 zł brutto.

Kwota podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 270.600,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 360.800,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę zarówno ceny pozostałych ofert, stosunek ceny oferty ECO - INVESTMENT do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, stosunek ceny oferty ECO-INVESTMENT do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, należy dojść do wniosku, że cena oferty ECO-INVESTMENT znacząco od nich odbiega. Cena tej oferty jest bowiem niższa:

- a)od średniej arytmetycznej wszystkich ofert aż o 53%;
- b)o 37% niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- c)o 62 % niższa od ceny drugiej oferty (tj. oferty Odwołującego),
- d)o 63 % niższa od ceny trzeciej w rankingu oferty - oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BestProjects M. K. i FXGRAIL sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego fakt, że cena ofert ECO-INVESTMENT jest o ponad 60 % niższa od cen pozostałych ofert potwierdza, że jest to cena oderwana od warunków rynkowych. To ceny ofert wskazanych wykonawców, które są do siebie bardzo zbliżone, wyznaczają stawki rynkowe za tego typu usługi. Zamawiający powinien wziąć tę okoliczność pod uwagę przy ocenie wyjaśnień ceny złożonych przez ECO-INVESTMENT, czego nie uczynił. Zamawiający nie wziął pod uwagę, że skoro ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców znajdują się na tym samym poziomie, to cena oferty ECO - INVESTMENT nie jest w rzeczywistości ceną rynkową i nie pozwoli ona na należyte wykonanie umowy.

Odwołujący podkreślił, że złożenie oferty z tak niską ceną rodzi uzasadnione podejrzenia, iż wykonawca ECO -

INVESTMENT nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia po zaoferowanej cenie, gdyż nawet będąc w stanie dokonać oszczędności kosztów dla pojedynczych elementów oferty - całościowa kwota, którą zamierza/uzyskać z tytułu realizacji kontraktu jest niższa niż realny poziom kosztów (wraz z uwzględnieniem godziwego zysku) za realizację zamówienia. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego wykonanie przedmiotu zamówienia przy tym poziomie zaoferowanych cen nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tego wykonawcę. Cena, za jaką ECO-INVESTMENT zobowiązało się do realizacji przedmiotu zamówienia jest nierealistyczna i nie pokrywa wszystkich kosztów, jakie będzie ponosił Wykonawca w toku wykonywania umowy.

Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 8 stycznia 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał ECO-INVESTMENT do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał, że odbiega ona od ceny określonej przez Zamawiającego o ponad 30 %. W odpowiedzi ECO-INVESTMENT złożył wyjaśnienia, które nie zostały w jakiegokolwiek części udostępnione Odwołującemu - należy więc przyjąć, że zostały one w całości utajnione. Odwołujący nie otrzymał również uzasadnienia zastrzeżenia przedmiotowych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w związku z tym Odwołujący przyjmuje, że również wyjaśnienia tajemnicy zostały w całości zastrzeżone przez ECO-INVESTMENT. Zamawiający nie zdecydował się zaś na odtajnienie żadnego ze wskazanych dokumentów. Pomimo, iż ECO - INVESTMENT zastrzegł wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednak znajomość rynku pozwala Odwołującemu postawić zarzuty w zakresie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez ECO-INVESTMENT ceny.

Odwołujący wskazał, że w świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Jak bowiem podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16: „to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego.” Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak, stanowi bowiem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień potwierdzających złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez ECO-INVESTMENT uznając, że wykonawca ten wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia ECO - INVESTMENT złożone w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a i 1 Pzp zostały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym zakresie istotny jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2014 r. (sygn. akt: KJO 2875/13), w którym Izba wskazała, że „Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem - jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.”

W ocenie Odwołującego zasadnym jest zatem wnikliwe zbadanie przez Izbę wyjaśnień złożonych przez ECO-INVESTMENT w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem podnoszonych w dalszej części odwołania wątpliwości. Wskutek działań Zamawiającego, Odwołujący został bowiem pozbawiony możliwości kontroli wyjaśnień, wykonawcy ECO - INVESTMENT w sprawie wysokości zaoferowanej ceny i postawienia w tym zakresie precyzyjnych zarzutów. Zamawiający uznał bowiem, że całość złożonych przez wykonawcę wyjaśnień zasługuje na utajnienie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną. Warto zwrócić uwagę na wytyczne sformułowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy

i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło do bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. ” (wyrok KIO z dnia 8 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1826/15).

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez ECO-INVESTMENT nie ma charakteru rynkowego, jest nieopłacalna nie pozwala na należyte wykonanie umowy. Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności na potrzebę uwzględnienia w złożonej ofercie całości kosztów - w szczególności kosztów wynagrodzenia osób, wchodzących w skład zespołu, który będzie realizował przedmiot zamówienia. Z doświadczenia Odwołującego, który jest specjalistą w zakresie informatyzacji placówek ochrony zdrowia wynika, że z reguły w firmach doradczych, gdzie koszty wynagrodzenia osób bezpośrednio biorących udział w realizacji projektu są podstawowymi kosztami wykonania zamówienia, koszty osobowe ustalone są na poziomie 65% budżetu. Pozostałe koszty, to koszty pośrednie w projekcie - koszty telefonów\* przejazdów, noclegów, materiałów biurowych, amortyzacji sprzętu itp., ponadto udział w kosztach ogólnych funkcjonowania firmy - lokal, księgowość, utrzymanie biura oraz zakładany zysk na poziomie 10-15%.

Odwołujący załączył kalkulację kosztów osobowych przy realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że przeprowadził dwie odrębne symulacje kosztów - dla budżetu Zamawiającego i dla budżetu ECO - INVESTMENT. W przypadku załączonej kalkulacji przyjęto jeszcze bardziej korzystne dla ECO-INVESTMENT i Zamawiającego założenie zwiększając koszty wynagrodzeń personelu do 80 % kosztów budżetu.

Odwołujący wskazał, że załączone kalkulacje kosztów osobowych przy realizacji przedmiotu zamówienia dla budżetu Zamawiającego i dla budżetu ECO-INVESTMENT, wykonano przy przyjęciu następujących założeń:

a) Zgodnie z ust. 4 pkt 4.1. 5IWZ „Przedmiot zamówienia świadczony będzie na rzecz Zamawiającego od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2019 r. ”. W związku z tym, że termin składania ofert upływał 14 grudnia 2018 r., wykonawcy przyjmowali, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez średnio 12 miesięcy.

b) Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, w skład którego wchodzi co najmniej:

- Kierownik projektu;
- Specjalista ds. Zamówień Publicznych;
- Specjalista ds. aplikacji, baz danych oraz sieci komputerowych w zakresie konfiguracji i eksploatacji;
- Specjalista ds. wsparcia w rozliczaniu projektów;
- Inspektor nadzoru;
- Inspektor nadzoru w specjalności elektrycznej;
- Inspektor nadzoru w specjalności telekomunikacyjnej;
- Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych;
- Obsługa prawna.

c) Średnie miesięczne wynagrodzenie kierownika projektu wynosi 12.000,00 zł, zaś średnie miesięczne wynagrodzenie pozostałych członków personelu projektu specjalistów - specjalistów wymaganych przez Zamawiającego (w tym Obsługi prawnej) wynosi 10.000,00 zł (są to stawki brutto zawierające również koszty pracodawcy).

Odwołujący wskazał, że dane te zostały ustalone na podstawie średnich cen rynkowych. Są to realne stawki wynagrodzeń specjalistów, których zaangażowania w projekt wymaga Zamawiający. Ze względu na fakt, że jest to projekt wielobranżowy, wymagający specjalistów z różnych dziedzin dysponujących wymaganym doświadczeniem i potwierdzonymi kwalifikacjami, nie są to stawki wygórowane. Ustalając wysokość wynagrodzenia Kierownika projektu i poszczególnych Specjalistów należy wziąć pod uwagę również zakres obowiązków wymaganych w ramach świadczonych usług - jest on bardzo szeroki i nie pozwala na jakiegokolwiek oszczędności.

Odwołujący wskazał, że wartość całego projektu informatyzacji Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Elblągu to kwota ok. 18 mln zł, zaś kwota jaką oferuje wykonawca ECO-INVESTMENT stanowi zaledwie ok. 1% całego budżetu projektu. Regulamin konkursu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Warmii i Mazur, z którego projekt uzyskał dofinansowanie stanowi, że budżet na pokrycie kosztów zapewnienia Inżyniera Kontraktu wynosi 5% - co jest realną kwotą gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Z przeprowadzonej przez Odwołującego kalkulacji wynika, że aby zrealizować zamówienie za cenę zaoferowaną przez ECO-INVESTMENT, biorąc pod uwagę rynkowe wynagrodzenie członków personelu projektu, Kierownik projektu mógłby pracować maksymalnie 24,5 roboczogodziny, czyli 3 dni w miesiącu, zaś poszczególni Specjaliści maksymalnie po 16,8 roboczogodzin, czyli 2 dni w miesiącu.

Biorąc zaś pod uwagę kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz rynkowe

stawki wynagrodzenia członków personelu projektu, Kierownik projektu mógłby pracować maksymalnie 5 dni w miesiącu, zaś poszczególni Specjaliści maksymalnie po 3 dni w miesiącu.

Zdaniem Odwołującego, ze względu na liczbę obowiązków, które zostały wymienione w dziale III załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”), aby w sposób należyty przygotować i właściwie poprowadzić projekt należy założyć pracochłonność na poziomie 14 dni w miesiącu w przypadku Kierownika projektu i po 5 dni w miesiącu w przypadku poszczególnych Specjalistów. Poziom niezbędnego zaangażowania poszczególnych członków zespołu Odwołujący ustalił na podstawie swojego bogatego doświadczenia przy realizacji tego typu projektów - Odwołujący zrealizował (lub jest w trakcie realizowania) ok. 20 projektów informatyzacji placówek ochrony zdrowia współfinansowanych ze środków unijnych w ramach obecnej Perspektywy Finansowej na lata 2014-2020. Istotnym jest, że założenie niezbędnego zaangażowania Kierownika projektu i Specjalistów wskazuje na minimalną liczbę dni pracy wskazanych obowiązków będzie wykonywana z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej.

W ocenie Odwołującego mniejsze zaangażowanie zespołu projektowego nie pozwoli na należyte i terminowe wykonanie przedmiotu Umowy. Istotnym jest, że kompleksowa informatyzacja Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Elblągu i dostosowanie systemu informatycznego do systemu informacja medycznej do platformy P1 i P2, to obszerny, skomplikowany i wielobranżowy projekt, którego wartość szacuje się na 18.000.000,00 zł, a jego realizacja wymaga zaangażowania wielu specjalistów w wymiarze zdecydowanie wyższym niż wynika z kalkulacji dokonanej na podstawie ceny zaoferowanej przez ECO-INVESTMENT, a nawet kalkulacji dokonanej przy uwzględnieniu kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że nawet jeżeli przyjął, że ECO-INVESTMENT przyjął na potrzeby kalkulacji ceny prawidłową pracochłonność, to stawki za jakie Kierownik projektu i poszczególni Specjaliści zmuszeni byłiby świadczyć swoje usługi są bardzo niskie, rażąco odbiegają one od stawek rynkowych, co więcej oscylują w granicach płacy minimalnej i minimalnej stawki za godzinę. Ze względu na wysokie wymagania Zamawiającego w zakresie kompetencji i doświadczenia zespołu projektowego, całkowicie nieracjonalnym wydaje się, że jego członkowie zdecydowaliby się pracować za stawki zdecydowanie niższe niż rynkowe. Jest to kolejny argument, który świadczy o niedoszacowaniu oferty ECO-INVESTMENT.

Ponadto Zamawiający w pkt 5.2. SIWZ (str. 11) wskazał, że „Wykonawca do pełnego wykonania przedmiotu zamówienia zobowiązany jest zatrudnić wystarczającą liczbę wykwalifikowanego personelu gwarantującego właściwą jakość wykonanych prac.” Ze względu, na zakres obowiązków jakie należy wykonać w toku realizacji umowy (które zostały wymienione w załączniku nr 2 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia), niewątpliwym jest, że do realizacji przedmiotu zamówienia niezbędne będzie zatrudnienie dodatkowego personelu, co przekłada się na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów, które prawdopodobnie nie zostały uwzględnione w cenie oferty.

W ocenie Odwołującego, aby dana cena mogła zostać uznana za cenę rażąco niską musi ona odbiegać od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, bądź też, nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zadaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09, opubl. LEX nr 552013), być ceną pozostającą w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia w sytuacji, gdy realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa, ceną niewiarygodną i nierealną (tzn. ceną, za którą nie można zrealizować danego zamówienia) czy też niedającą możliwości osiągnięcia zysku (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 5 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 952/09, 11 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 765/08, 27 czerwca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 587/08, 29 maja 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 466/08, 11 kwietnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 273/08, 9 kwietnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 257/08 i 258/08, 28 marca 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 226/08, wszystkie opublikowane w Systemie Informacji Lex.

Brak uwzględnienia przez ECO-INVESTMENT w zaoferowanej cenie czynników obiektywnych - całości kosztów osobowych, które muszą zostać poniesione, aby realizować przedmiot zamówienia, stanowi o niedoszacowaniu i zaniżeniu oceny ofertowej. Tym samym, oferta ECO-INVESTMENT powinno zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską ceną. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez ECO - INVESTMENT nie ma charakteru rynkowego, jest nieopłacalna i nie pozwala ona na należyte wykonanie umowy. W ocenie Odwołującego nie sposób wykonać przedmiot zamówienia za cenę wskazaną przez ECO-INVESTMENT, zatem również same wyjaśnienia nie mogą być rzetelne wiarygodne. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia ECO-INVESTMENTS przyjmując, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

Dalej Odwołujący wskazał, że istotnym jest ponadto, że postępowanie o analogicznym przedmiocie było już wcześniej prowadzone przez Zamawiającego - zostało ono unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie był w stanie zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. W postępowaniu o nr 25/2018 Zamawiający określił nieco odmiennie warunki udziału w postępowaniu - wymagał on bowiem dysponowania zespołem, którego członkowie legitymowali się np. dłuższym doświadczeniem zawodowym, zamiast Inspektorów

nadzoru inwestorskiego określonych specjalności wymagano Kierowników robót określonych specjalności.

W postępowaniu o nr 25/2018 wpłynęły dwie oferty - jedną z nich złożył ECO-INVESTMENT. Cena zaoferowana wówczas przez ECO-INVESTMENT za wykonanie przedmiotu zamówienia wynosiła 478.470,00 zł. czyli była o 307,500,00 zł wyższa niż cena zaoferowana w aktualnym Postępowaniu. O ile zmniejszenie wymogów co do zespołu, który ma realizować przedmiot zamówienia może uzasadniać proporcjonalne obniżenie kosztów, o tyle brak jest podstaw do twierdzenia, że koszty związane ze zmianą wymagań spadły aż o prawie 65%.

Powyższe również potwierdza, że cena oferty ECO-INVESTMENT jest rażąco niska i nie pozwala na należytą realizację przedmiotu zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 45 ust. 4 Pzp Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający przewidział wadium w wysokości 15.537,00 zł. Jeżeli przyjmiemy, że kwota ta stanowi maksymalną dopuszczalną przez Pzp wysokość wadium, to odpowiada ona 3 % wartości zamówienia. Z prostego działania matematycznego wynika, że całkowita wartość zamówienia wynosi wówczas 517.900,00 zł. Pomimo, że całkowita wartość zamówienia określana na podstawie art. 32-35 Pzp musi odpowiadać kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to zarówno wysokość wadium, jak i wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu całkowita wartość zamówienia (w wysokości 517.904,36 zł) pozwalały przyjąć wykonawcom, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będzie zdecydowanie wyższa - kwota ta jest zaś o prawie połowę niższa.

Niezależnie od powyższych rozważań, które jasno wykazują zasadność odrzucenia oferty ECO – INVESTMENT, należy krytycznie ocenić również wspomniany wcześniej fakt utajnienia przez Zamawiającego (na wniosek Wykonawcy) całości udzielonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: uznk). W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

Odnosząc wskazane kategorie informacji do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień złożonych w Postępowaniu przez ECO-INVESTMENT należy wskazać, że z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec czego bezrefleksyjne zastrzeżenie poufności całości wyjaśnień, bez ograniczenia do rzeczywistych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje ECO-INVESTMENT, bowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującą z treścią złożonych wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 242/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, „zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.”

Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest. bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy stanowią podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą

podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1229/15, w którym wskazano, iż „Trzeba mieć na uwadze, że nieujawnianie informacji zawartych w treści oferty wykonawcy jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonej w art 8 ust. 1 Pzp. Nie można zatem akceptować zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa szeregu dokumentów, jeżeli znajdują się w nich informacje różnej wagi, także nieposiadające tego przymiotu. Taka praktyka wykonawcy niesie dla niego ryzyko, że w razie ujawnienia tych dokumentów, zostaną również ujawnione informacje rzeczywiście zasługujące na ochronę. W konsekwencji rolą wykonawcy jest wyraźne wskazanie, które informacje, i z jakich przyczyn, są nią objęte. Tymczasem Przystępujący, w odniesieniu do informacji, które Izba nakazała Zamawiającemu odtajnić, nie wskazał uzasadnionych powodów, dla których nie mogły zostać ujawnione.”

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień złożonych przez ECO-INVESTMENT - o ile w wyjaśnieniach tych faktycznie znajdowały się dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1072/11.

W ocenie Odwołującego nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Dalej Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu nie tylko wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ECO-INVESTMENT, ale również jakiegokolwiek uzasadnienia utajnienia przez ECO-INVESTMENT informacji dotyczących wyjaśnienia ceny. W wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1021 /18 Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, że „za niedopuszczalną praktykę należy uznać zastrzeżenie całego pliku dokumentów, jeżeli znajdują się w nim informacje równej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa.” W stanie faktycznym, który był podstawą wydania przedmiotowego orzeczenia przystępujący (analogicznie jak ECO - INVESTMENT) objął tajemnicą przedsiębiorstwa również uzasadnienie jej zastrzeżenia - przy czym Izba uznała je za niezasługujące na ochronę.

W zakresie zarzut dot. naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z par. 5 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w związku z art. 7 ust 1 i 3 Pzp, Odwołujący wskazał, że w dniu 15 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał ECO - INVESTMENT do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W dniu 17 stycznia 2019 r. ECO-INVESTMENT przedłożył Zamawiającemu m.in. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2018 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §5 ust. 3 Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) (dalej jako: „Rozporządzenie”) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych powinno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przedmiotowym Postępowaniu termin składania ofert upłynął w dniu 14 grudnia 2018 r. Wobec tego złożone przez ECO-INVESTMENT zaświadczenie z ZUS wystawione zostało wcześniej niż maksymalnie 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W związku z tym, zaświadczenie to nie jest objęte domniemaniem aktualności i nie potwierdza braku podstaw wykluczenia.

Pomimo, że w dniu 25 stycznia 2019 r. Zamawiający wzywał ECO - INVESTMENT do uzupełnienia części dokumentów nie wnosił o uzupełnienie zaświadczenia z ZUS spełniającego wymagania rozporządzenia. W związku z tym przedmiotowy zarzut jest uzasadniony.

#### ***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii)

protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę wykonawcy ECO – Investment na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wezwanie Zamawiającego z dnia 15 stycznia do złożenia dokumentów oraz wezwanie z dnia 8 stycznia dotyczące rażąco niskiej ceny oraz dokumenty złożone przez wykonawcę Eco – Investment na okoliczność ustalenia treści złożonych dokumentów; (v) oświadczenie ZUS z dnia 21 listopada 2018 r. na okoliczność ustalenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy Eco – Investment; (vi) oświadczenie SPZZOP w Koźenicach, CUW w Kętrzynie, SPZOP w Nowym Mieście nad Pilicą na okoliczność wykazania niezbędnego poziomu zaangażowania wymaganych specjalistów do realizacji zamówienia; (viii) oświadczenie TDZ z dnia 22.02.2019 r., oświadczenie Red Code z dnia 22.02.2019 r. na okoliczność wykazania stawek rynkowego wynagrodzenia dla specjalistów wymaganych przez Zamawiającego do realizacji zamówienia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa informatyzacja Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Elblągu - dostosowanie do ogólnopolskiego systemu informacji medycznej do platformy P1 i P2”.

W rozdziale V SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. W pkt 5.2.2.2 Zamawiający określił zakres wymagań co do zespołu wykonawcy realizującego zamówienie. Zamawiający wymagał:

- Kierownik projektu;
- Specjalista ds. Zamówień Publicznych;
- Specjalista ds. aplikacji, baz danych oraz sieci komputerowych w zakresie konfiguracji i eksploatacji;
- Specjalista ds. wsparcia w rozliczaniu projektów;
- Inspektor nadzoru;
- Inspektor nadzoru w specjalności elektrycznej;
- Inspektor nadzoru w specjalności telekomunikacyjnej;
- Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych;
- Obsługa prawna

W pkt 6.4 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza na wezwanie Zamawiającego ma złożyć m.in. zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, z wyszczególnieniem zakresu obowiązków każdego członka zespołu wykonawcy wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty z następującymi cenami: (i) ECO-INVESTMENT - 170.970,00 zł brutto; (ii) MedyczniT.pl - 450.180,00 zł brutto; (iii) Konsorcjum firm: BestProjects M. K. i FXGRAIL sp. z o.o. - 461.250,00 zł brutto.

Zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 270.600,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 360.800,00 zł brutto.

Pismem z dnia 8 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Eco – Investment do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za realizację zamówienia. Pismem z dnia 11 stycznia 2019 r. wykonawca złożył wyjaśnienia zastrzegając ich treść jako dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł również uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 15 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Eco – Investment do złożenia w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Pismem z dnia 17 stycznia wykonawca Eco – Investment złożył dokumenty, w tym zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłaceniu składek wystawione w dniu 30.08.2018 r.

Pismem z dnia 6 lutego 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Eco – Investment.

#### ***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta

Odwolującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk

Izba uznała zarzut za zasadny. Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „*Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*”, „*Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*”

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*”

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) brzmi: „*Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.*”

Wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem

o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy obowiązek zastrzegającego informacje wykonawcy, polegający na wykazaniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy*

*o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*”

Tym samym nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Jak wskazano powyżej na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,

w konsekwencji czego rolą zamawiającego w toku badania ofert (w tym przypadku wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny) jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji wykonawca ma obowiązek wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1.informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2.informacja w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3.uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

przy czym przesłanka "posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

Podkreślić należy, że zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę Eco - Investment. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Podkreślić w tym miejscu należy, że Eco - Investment w uzasadnieniu zastrzeżenia treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wskazał wyłącznie, iż w treści wyjaśnień zawarł informacje o poziomie wynagrodzenia i kosztów usług, czyli informacje o charakterze organizacyjnym mające wartość gospodarczą, zaś ujawnienie tych informacji mogłoby działać na niekorzyść wykonawcy. Wyjaśnił, iż treść wyjaśnień nie jest dostępna publicznie.

W ocenie Izby, wykonawca Eco - Investment w sposób lakoniczny i niewystarczający opisał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Ustawodawca w przywołanym w/w przepisie wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji jako poufnej nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwyt w wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie. Samo twierdzenie przez wykonawcę, że określona informacja ma wartość gospodarczą bez sprecyzowania w czym konkretnie taka wartość wyraża się, jest w ocenie Izby niewystarczające. Podobnie zresztą jak lakoniczne stwierdzenie, że ujawnienie informacji może narazić spółkę na szkodę. W ocenie Izby, wskazanie w treści wyjaśnień przewidywanego wynagrodzenia dla danego specjalisty, które to wynagrodzenia stanowi zasadniczy koszt realizacji zamówienia, a tym samym cenę jaką zaoferował wykonawca, która jest jawna nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest wycena pracy danego specjalisty realizującego zamówienie, to możliwości weryfikacji zasadności przyjętych założeń przez wykonawców byłaby praktycznie niemożliwa dla zasadniczej części postępowań przetargowych. To zaś z kolei stałoby w sprzeczności z zasadą jawności postępowania przetargowego.

W ocenie Izby umożliwienie wykonawcy zastrzeżenia wyłącznie kosztu wyceny pracy danego specjalisty byłoby nieuzasadnionym naruszeniem zasady jawności oraz niedozwolonym ograniczaniem dostępu innym wykonawcom biorącym udziału postępowaniu prawa do analizy ofert innych wykonawców. Wykonawca Eco - Investment w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnej metodologii obliczenia ceny, żadnych szczegółowych informacji dotyczących kosztów zatrudnienia czy też informacji handlowych. Zbiorcza wycena kilku elementów składających się na realizację zamówienia nie może być w analizowanym stanie faktycznym uznana za informację mającą wartość gospodarczą. Jest to element wyceny zamówienia, który podlega analizie i ocenie przez Zamawiającego, jak również przez innych wykonawców pod względem prawidłowości i realności wyceny. Zastrzeżenie zaś takiej informacji jest wyłącznie, w ocenie Izby, próbą uniemożliwienia innym wykonawcom kwestionowania poprawności kalkulacji wykonawcy Eco - Investment, i jako takie jest niedopuszczalne.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie dawały również podstaw do przyjęcia, iż wykonawca Eco - Investment wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcia działań zmierzających do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W treści złożonych wyjaśnień wykonawca Eco - Investment odwołał się do ogólnych twierdzeń bez przedstawienia jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie, iż podjął jakiegokolwiek kroki zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Subiektywne twierdzenie wykonawcy nie poparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, w okolicznościach

przedmiotowej sprawy wykonawca Eco - Investment składając wyjaśnienia nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami, czy też inni wykonawcy (których sprzęt został zaofertowany bądź usługa została wykonana na ich rzecz) nie wyrazili zgody na udostępnienie tych konkretnie zastrzeżonych informacji. Ogólne i subiektywne stwierdzenia wykonawcy nie mogą być uznane za wykazanie spełnienia przesłanek, o których ustawodawca mówi w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie ma również żadnego uzasadnienia do zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści samego uzasadnienia do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących zaofertowanej przez wykonawcę Eco – Investment ceny. Izba nie odnalazła w treści uzasadnienia informacji, które spełniałyby przesłanki wskazane w art. 22 ust. 2 uznk. Takich informacji zresztą nie wskazał sam wykonawca Eco – Investment.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie udostępniania Odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaofertowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w szczególności co do przyjętej przez wykonawcę Eco – Investment liczby roboczogodzin ściśle powiązanej z przyjętymi kosztami pracy za godzinę, a tym samym oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, Izba stanął na stanowisku, że potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez wykonawcę Eco – Investment jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powoduje niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym po zapoznaniu się

z ofertą konkurenta mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny oferty konkurenta, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaofertowania ceny rażąco niskiej.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Eco - Investment pomimo tego, że złożone przez to wykonawcę wyjaśnienia nie dają podstaw do oceny, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1

pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp

W ocenie Izby ocena, czy wykonawca Eco – Investment zaofertowało cenę rażąco niską winna zostać dokonana – co oczywiste wobec brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp („dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami” – w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Eco - Investment, na wezwanie zamawiającego, w piśmie z dnia 11 stycznia 2019 r., tj. w oparciu o pełną treść tych wyjaśnień (w tym kalkulacji kosztów), jak i załączonych dokumentów.

Tym samym Izba uznała, że wobec nakazania Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Eco – Investment z dnia 11 stycznia 2019 r. rozstrzygnięcie na obecnym etapie postępowania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp byłoby przedwczesne. Sam Odwołujący taki wniosek zgłosił na rozprawie, oświadczając, iż przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. wnosi o nierozpatrywanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jako przedwczesnego.

W ocenie Izby, po odtajnieniu treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaofertowanej ceny przez wykonawcę Eco – Investment Odwołujący będzie miał pełną wiedzę do sformułowania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z §5 pkt. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) (dalej jako: „Rozporządzenie”) w związku z art. 7 ust 1 i 3 Pzp

Izba w całości przychyliła się do stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby jednakże, mając na uwadze przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zasadność podniesionego zarzut pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, a tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Zgodnie z pkt 6.4 SIWZ Zamawiający wymagał w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 ustawy Pzp złożenia przez wykonawcę którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza m.in. zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub

rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jak Izba ustaliła, wykonawca Eco – Investment w dniu 15 stycznia 2019 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W dniu 17 stycznia 2019 r. ECO-INVESTMENT przedłożył Zamawiającemu m.in. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2018 r.

Zgodnie z §5 ust. 3 Rozporządzenie zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych powinno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert upłynął w dniu 14 grudnia 2018 r. W ocenie Izby nie ma więc żadnych wątpliwości, iż złożone przez ECO-INVESTMENT zaświadczenie z ZUS wystawione zostało wcześniej niż maksymalne 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W związku z tym, zaświadczenie to nie jest objęte domniemaniem aktualności i nie potwierdza braku podstaw wykluczenia.

Zauważyć jednakże należy, że wykonawca Eco – Investment złożył podczas rozprawy zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione na dzień 21 listopada 2019 r. Zaświadczenie to spełnia wymagania Rozporządzenia. Nie było również kwestionowane przez Odwołującego. Uznać tym samym należy, że wykonawca Eco – Investment złożył dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający dokonując oceny złożonych przez wykonawcę dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia nie dostrzegł wady pierwotnie złożonego przez wykonawcę Eco – Investment zaświadczenia ZUS. Takie uchybienie Zamawiającego zobowiązywałoby go do wezwania wykonawcy Eco – Investment w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia poprawnego dokumentu. Z uwagi jednak, że dokument taki został złożony podczas rozprawy, a Izba wydając wyrok bierze stan rzeczy ustalony w toku postępowania, to wezwanie wykonawcy Eco – Investment do złożenia zaświadczenia ZUS, które jest w aktach sprawy i nie było kwestionowane przez Odwołującego, byłoby bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:.....**